

II^e Cour de droit public

Arrêt du 5 juin 2024

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Léonard Bruchez, Du point de départ du délai de recours contre une décision d'adjudication communiquée aux soumissionnaires par courrier suivie d'une publication sur la plateforme SIMAP, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_512/2023, Newsletter immodroit.ch septembre 2024

Marchés publics ; notion de décision ; délai de recours et publication sur SIMAP ; protection de la confiance

Art. 15 AIMP (2001)

Du point de départ du délai de recours contre une décision d'adjudication communiquée aux soumissionnaires par courrier suivie d'une publication sur la plateforme SIMAP

Léonard Bruchez, avocat spécialiste FSA de la construction et de l'immobilier

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt rapporté tranche la question juridique de principe de savoir si et dans quelles circonstances un soumissionnaire évincé peut se prévaloir du délai de recours indiqué dans une publication sur la plateforme SIMAP lorsqu'il a déjà reçu au préalable l'annonce écrite de l'adjudication au soumissionnaire victorieux indiquant les voies de recours, y compris le délai de dix jours applicable.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le *Tiefbauamt* du Canton de Zurich a publié un appel d'offres en procédure ouverte pour l'élargissement à quatre voies de la route cantonale de Hardwald. Le 19 avril 2023, le marché a été adjugé au consortium D. pour son offre de Fr. 54'693'910.10.

Le 26 avril 2023, l'entité adjudicatrice a informé les autres soumissionnaires de l'adjudication du marché au consortium D. Le 2 mai 2023, cette adjudication a été rendue notoire par publication sur la plateforme SIMAP.

Le 12 mai 2023, les sociétés B. SA et C. SA, formant ensemble le consortium A qui avait déposé une offre non retenue, ont saisi le *Verwaltungsgericht* du Canton de Zurich d'un recours

contre la décision d'adjudication. Elles ont conclu à l'annulation de l'adjudication et à l'attribution du marché en leur faveur.

Par ordonnance présidentielle, le *Verwaltungsgericht* a invité les recourantes à se déterminer sur la question du respect du délai de recours. Le consortium D a renoncé à exercer son droit d'être entendu.

Par arrêt VB.2023.00260 du 7 septembre 2023, le *Verwaltungsgericht* a déclaré irrecevable le recours en raison de sa tardiveté. En substance, les juges cantonaux ont considéré que le délai de recours de 10 jours se calculait depuis la notification individuelle de l'adjudication survenue par courrier du 26 avril 2023. Dès lors que les recourantes avaient agi le 12 mai 2023, soit dans les 10 jours suivant la publication de l'adjudication parue sur SIMAP, leur recours avait été déposé hors-délai. Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'entrer en matière.

Les recourantes saisissent le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public et d'un recours constitutionnel subsidiaire concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif. Sur le fond, elles réclament l'annulation de la décision du 7 septembre 2023 du *Verwaltungsgericht* et le renvoi du dossier de la cause à cette autorité pour jugement de la cause.

Le 9 octobre 2023, l'effet suspensif n'a pas été accordé.

Le 14 décembre 2023, l'entité adjudicatrice a informé le Tribunal fédéral de la conclusion du contrat le 5 décembre 2023 avec le consortium D.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement sa compétence et les autres conditions de recevabilité des recours qui lui sont soumis (*cf.* art. 29 al. 1 LTF).

Puisque le recours est dirigé contre une décision de non-entrée en matière, en vertu du principe de l'unité de la procédure, l'exclusion du recours en matière de droit public prévue par l'art. 83 LTF s'applique aussi aux décisions procédurales. Ainsi, le recours contre une décision d'irrecevabilité n'est possible que si la décision sur le fond est également attaquable (consid. 1.1).

Etant donné que les seuils déterminants sont atteints par les prestations à adjuger en la cause (art. 83 let. f ch. 2 LTF) (consid. 1.2.4), la recevabilité du recours en matière de droit public – rendant irrecevable *de facto* le recours constitutionnel subsidiaire – dépend du respect de la condition cumulative de l'existence d'une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 1) (consid. 1.2). Le Tribunal fédéral s'attache ainsi à identifier une telle question (consid. 1.2.2 et 1.2.3) après qu'il rappelle la méthode appropriée pour ce faire (consid. 1.2.1).

En l'espèce, la solution du litige nécessite d'établir si une partie à la procédure d'adjudication peut tirer argument du moment de la publication sur SIMAP pour pouvoir déposer un recours, si elle a reçu préalablement une communication personnelle l'informant de l'adjudication et faisant mention des voies de droit, et du délai de leur exercice.

Si le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la notion de décision en matière de marchés publics (*cf.* arrêts du TF 2D_42/2018 du 11 mars 2019, consid. 3.3 s. ; 2C_1014/2015 du 21 juillet 2016, consid. 4.1.1-4.1.3), il n'a en revanche jamais étudié de manière approfondie

la question posée par le cas d'espèce. Au regard de la brièveté du délai pour recourir (désormais étendue à 20 jours ; cf. art. 56 al. 1 AIMP 2019), de la grande importance pratique de la clarification du point de délai du recours et du fait que cette question peut à nouveau se poser puisque les autorités adjudicatrices ont le choix de notifier leur décision par publication générale ou par notification individuelle, il en conclut qu'il s'agit d'une question juridique de principe (consid. 1.2.2).

Par conséquent, le recours de droit public est recevable (consid. 1.4), l'intérêt du consortium recourant à faire constater l'illégalité de l'adjudication demeurant au-delà de la passation du contrat (consid. 1.3).

Le deuxième considérant constitue en un rappel des principes (re)connus de la typologie des griefs que le Tribunal fédéral peut examiner (consid. 2).

Les recourantes faisaient valoir trois griefs d'ordre constitutionnels contre le prononcé d'irrecevabilité rendu par le *Verwaltungsgericht* de Zurich, à savoir :

- le déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.) ;
- la violation de l'égalité de traitement (art. 8 cst.) ; et
- la protection de la confiance placée dans un comportement de l'Etat (art. 9 Cst.).

Le Tribunal fédéral écarte tour à tour ces critiques par trois considérants distincts.

S'agissant du déni de justice formel, les recourantes refusaient de reconnaître une décision dans la correspondance du 26 avril 2023 qui leur avait été adressée par le *Tiefbauamt* du canton de Zurich. D'après elles, la pièce jointe à ce courrier intitulée « résultat de la soumission / décision » (*Submissionsergebnis / Verfügung*) serait insuffisamment motivée, ne contiendrait pas de destinataire, ni de signature et avait été envoyée par pli A. Elles en tiraient que la Cour cantonale avait jugé à tort qu'il s'agissait d'une décision, dont elle aurait dû constater la nullité de plein droit, ce d'autant que la notification par pli A était incorrecte (consid. 3.1).

De son côté, l'autorité intimée a considéré que l'envoi du 26 avril 2023 était bien une décision, dont les recourantes n'avaient pas contesté la réception le 28 avril 2023. Puisque le droit zurichois des marchés publics donnait à la notification individuelle la primauté sur la notification publique sur la plateforme SIMAP, le délai de recours commençait à courir à la réception du premier courrier. Dans la mesure où celui-ci n'annonçait même pas la future publication sur la plateforme SIMAP, le délai de recours avait bien commencé le 28 avril 2023 de sorte que le recours déposé le 12 mai 2023 était tardif (consid. 3.2).

La décision attaquée a abouti à déclarer irrecevable le recours déposé. Il s'ensuit que l'objet du litige est restreint à la question de l'entrée en matière, sans que l'autorité de recours n'ait à aborder le fond, soit à apprécier la légitimité de l'adjudication (consid. 3.3.).

Le cadre étant fixé, le Tribunal fédéral s'est employé à déterminer si le courrier du 26 avril 2023 était bien une décision ou alors, comme le soutenait les recourantes, un acte administratif nul.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que la notion de décision est la même en droit fédéral, qu'en droit cantonal. Les décisions susceptibles d'être attaquées en droit des marchés

publics sont définies par le droit intercantonal, soit au moment déterminant pour la cause, par l'art. 15 al. 1bis AIMP 2001. Sont considérées comme des décisions, les dispositions prises par une autorité, de façon unilatérale, dans un cas d'espèce, en application du droit public, et qui visent à produire des effets juridiques contraignants pour l'administré. Le stade de la procédure auquel la décision survient importe peu. Pour déterminer s'il y a ou non décision, il faut examiner les caractéristiques matérielles de l'acte (non pas seulement ses caractéristiques formelles), qui peuvent faire défaut sans priver l'acte concerné de sa nature décisionnelle (consid. 3.4.1).

Le courrier du 26 avril 2023 tient sur deux pages. La première page, adressée aux recourantes et signée par le chef de projet de l'entité adjudicatrice, évoquait le résultat de la soumission en annexe. La deuxième page, intitulée « Résultat de la soumission / Décision », datée du 19 août 2023, indiquait que le bénéficiaire de l'adjudication était le consortium D, précisait le prix de l'adjudication et contenait une information sur les voies de recours. Ainsi, un recours pouvait être déposé par écrit auprès du *Verwaltungsgericht* de Zurich dans les dix jours suivant la notification aux soumissionnaires. La deuxième page justifiait également sommairement l'adjudication en indiquant : « *Meilleure satisfaction des critères d'adjudication* » (« *Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien* ») (consid. 3.4.2).

Rappelant que les caractéristiques matérielles d'un acte administratif sont déterminantes pour le qualifier de décision, le Tribunal fédéral constate que le courrier du 26 avril 2023, produit des effets juridiques contraignants en proclamant le résultat de l'adjudication. Il s'agit donc bien d'une décision (consid. 3.4.3).

Le Tribunal fédéral rappelle, de surcroît, qu'une motivation insuffisante rend attaquant – mais pas nulle de plein droit – une décision. Cette sanction est en principe réservée aux décisions affectées d'un vice de procédure particulièrement grave. Tel n'étant pas le cas, le courrier-décision du 26 avril 2023 n'est donc pas nul de plein droit (consid. 3.4.4).

Dans un deuxième temps, la Cour suprême poursuit son raisonnement en répondant à la question de savoir si la notification de la décision du 26 avril 2023 a fait courir le délai de recours de 10 jours et si la publication du 2 mai 2023 a eu une influence sur le cours de ce délai (consid. 3.5).

Dès lors que l'art. 15 al. 2 AIMP 2001 prévoit sans équivoque que « *le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision* », que les recourantes ne contestent pas avoir eu connaissance de la décision le 28 avril 2023 – non seulement le 2 mai 2023 – le délai de recours a bien débuté le 28 avril 2023 (consid. 3.5.1).

La décision du 26 avril 2023 contient d'ailleurs une précision sur les voies de recours devant être exercées dans les 10 jours à compter de la notification individuelle, qui est d'ailleurs la règle suivant le droit zurichois des marchés publics. Il n'y a donc plus place pour que les recourantes puissent se prévaloir d'une date ultérieure déclenchant le délai de recours (consid. 3.5.2).

Même si la motivation de la décision du 26 avril 2023 est sommaire, celle-ci répond aux exigences du droit zurichois des marchés publics évoquant une « brève motivation ». Quand bien même celle-ci était insuffisante, la procédure de recours pourrait s'y intéresser. La procédure en matière de marchés publics postule aussi que les litiges soient tranchés le plus rapidement possible, raison pour laquelle un délai court de 10 jours est prévu. Finalement, le

fait que la motivation soit brève n'exerce aucune influence sur le déroulement du délai de recours (consid. 3.5.3).

Le Tribunal fédéral en tire que le délai de recours a donc bien commencé à courir le 28 avril 2023. Le recours déposé le 12 mai 2023 est ainsi tardif.

Puisqu'il n'y a déni de justice formel que si l'autorité n'entre pas en matière sur une affaire soumise dans les délais, l'art. 29 al. 1 Cst. n'a pas été violé dans l'affaire en cause (consid. 3.5.4).

La décision attaquée n'a donc pas à être annulée pour ce motif.

S'agissant du grief de la violation de l'égalité de traitement faisant l'objet du quatrième considérant, le Tribunal fédéral l'écarte d'un revers, motif tiré de l'absence de faits comparables dans la situation prise comme point de comparaison par les recourantes. Dans celle-ci, la notification individuelle mentionnait expressément que le résultat du marché serait publié sur la plateforme SIMAP. A défaut d'une telle mention dans la décision du 26 avril 2023, la situation n'était pas la même et les recourantes ne pouvaient pas se plaindre d'inégalité de traitement (consid. 4).

Finalement, s'agissant de la protection de la confiance au sens de l'art. 9 Cst., les recourantes invoquaient avoir reçu du chef de projet du *Tiefbauamt* l'information orale suivant laquelle le délai de recours ne commencerait à courir qu'à compter de la publication sur la plateforme SIMAP. Le Tribunal fédéral rejette la critique en constatant, d'une part, qu'un chef de projet ne dispose pas de la compétence pour fournir des renseignements sur le point de départ du délai de recours. Ce faisant, il rappelle que l'assurance donnée doit provenir de l'autorité. D'autre part, les recourantes qui sont des entreprises de constructions disposent d'organes censés savoir qu'un chef de projet n'est pas habilité à fournir des informations liantes pour l'autorité sur des questions juridiques comme la computation des délais. Le grief est ainsi écarté, sans qu'il puisse être reproché au *Verwaltungsgericht* de n'avoir pas entendu le chef de projet en question (consid. 5).

Pour l'ensemble de ces motifs, le Tribunal fédéral rejette le recours avec suite de frais, mais sans dépens, l'entité adjudicatrice agissant dans son domaine d'activité officiel (consid. 6).

III. Analyse

A l'issue de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur rend une décision prononçant l'adjudication en faveur du soumissionnaire qui a établi l'offre la plus avantageuse et écarte celles des autres soumissionnaires¹. Si les tribunaux contrôlent librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure de soumission, ceux-ci veillent à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'entité adjudicatrice durant la phase d'appréciation et de comparaison des offres². La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst. l'obligation pour les autorités de motiver leur décision, afin que les intéressés puissent se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause³. Le droit des marchés publics tempère cette règle en exigeant la « motivation

¹ STUCKI, in Trüeb (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, art. 40 N 8.

² Parmi d'autres : ATF 143 II 120, consid. 7.2 p. 134 ; 141 II 353, consid. 3 p. 363 ; 125 II 86, consid. 6 p. 98/99.

³ Parmi d'autres : ATF 146 II 335, consid. 5.1 et les réf.

sommaire » de l'adjudication [cf. art. 51 al. 2 et 3 LMP ; 51 al. 2 et 3 AIMP (2019)]. Cette condition est remplie si la décision comporte le type de procédure d'adjudication utilisé, le nom du soumissionnaire retenu, le prix total, les caractéristiques et les avantages décisifs de l'offre retenue et, le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré⁴. En pratique, il arrive que les autorités communiquent à chaque soumissionnaire perdant un extrait du tableau d'évaluation des offres mettant en rapport les éléments de leur offre avec celle qui a été retenue⁵.

Ces éléments suffisent à remplir les exigences légales sur le contenu matériel de toute décision d'adjudication, respectivement d'écartement d'une offre en matière de marchés publics.

Par conséquent, la notification d'une décision ainsi motivée suffit à faire courir le délai de recours.

Même si la décision est insuffisamment motivée, les soumissionnaires évincés entreprendront sans attendre un recours contre une décision d'adjudication plutôt que de tabler sur l'éventuelle nullité de celle-ci pour cette raison.

La consultation du dossier rendue possible par un recours⁶ et le pouvoir de cognition de l'autorité chargée de la trancher permettent de réparer le vice d'une motivation insuffisante⁷.

L'arrêt rapporté suit sans surprise cette ligne jurisprudentielle et doctrinale désormais bien établie. En cela, il doit être approuvé.

L'intérêt de cette décision se lit entre les lignes, notamment au travers de l'argument de la protection de la confiance soulevé par les recourantes.

Dans un arrêt récent qui questionnait également sur l'existence d'une décision, le Tribunal fédéral devait statuer le recours d'administrés qui se plaignaient d'un déni de justice formel. Auparavant, les intéressés avaient demandé à l'autorité de confirmer la légalité de leur situation. L'autorité s'était alors contentée de renvoyer par courrier à une directive et s'était dit prête à statuer dans un cas concret. Considérant que le courrier en question était une décision, l'autorité invoquait la tardiveté du recours.

⁴ Suivant le Tribunal cantonal vaudois, la motivation d'une décision d'adjudication peut être considérée comme suffisante lorsque le pouvoir adjudicateur fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans le document d'appel d'offres. Il doit, ainsi, fournir une « *explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière à ce que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations* » (arrêt du TC/VD, 20 mars 2015, MPU.2015.0011, consid. 2b et les références). Cf. ég. arrêt du TC/NE, 25 août 2023, CDP.2022.218, consid. 2). La jurisprudence du Tribunal cantonal du Valais évoque une décision que « *les soumissionnaires puissent comprendre* » (cf. arrêts du TC/VS, 07 décembre 2018, ACDP A1 18 73, consid. 3.1 ; 8 août 2017, A1 16 253, consid. 4.2.1 et 17 mars 2011, A1 11 15, consid. 2b).

⁵ POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e éd., Berne 2023, N 798, note 1367. ZUFFEREY in : Droit des marchés publics, 2002, p. 126 considère que la remise du tableau d'évaluation satisfait à l'exigence légale de motivation de la décision. Pour un exemple, cf. arrêt du TC/GE, 9 novembre 2021, ATA/1192/2021, consid. 2d et la réf. citée.

⁶ Cf. arrêt du TC/NE, 25 août 2023, CDP.2022.218, consid. 2b.

⁷ POLTIER, *op. cit.*, N. 800. Pour un panorama de la jurisprudence cantonale : GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., 2013, p. 610 ss. Cf. ég. arrêt du TC/GE 22 août 2023, ATA/871/2023, consid. 2.2.

Le Tribunal fédéral admet le recours en remettant en cause la nature de décision du courrier de refus de l'autorité de prendre position sur la question posée. Il fixe la règle suivant laquelle lorsque le grief de déni de justice est soulevé, il faut examiner, d'une part, si une décision a pu être rendue sans que l'autorité n'en soit consciente et, d'autre part, si le destinataire devait ou non se rendre compte du fait qu'une décision avait été rendue malgré un vice de forme. Si ni l'un ni l'autre n'ont suffisamment d'éléments pour admettre l'existence d'une décision, le recours pour déni de justice doit être accueilli⁸.

Dans l'arrêt analysé, la lettre litigieuse informait les recourantes de l'adjudication et refusait leur offre – réglant en cela la situation de façon contraignante – ce qui a suffi à la qualifier de décision. Toutefois, le Tribunal fédéral évoque parallèlement le fait que, dans une autre situation, prise comme point de comparaison par les recourantes, le pouvoir adjudicateur a écrit que le « *résultat de l'adjudication sera encore publié par la suite sur la plateforme SIMAP* » (consid. 4).

Une telle formulation peut faire douter un soumissionnaire évincé et concourant pour un marché fédéral ou cantonal, dans un canton ayant opté pour un système de primauté de la publication de l'adjudication sur la plateforme SIMAP ou dans le bulletin officiel, de l'existence d'une décision.

En revanche, le contenu matériel d'une décision d'adjudication pouvant rester sommaire, elle devrait inciter les plaideurs prudents, singulièrement ceux des cantons soumis au système de la primauté de la notification individuelle à ne pas attendre une publication édictale ultérieure avant de recourir.

⁸ Arrêt du TF du 19 août 2024, 2C_107/2024, consid. 7.2.